



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	10530.002491/2004-21
Recurso nº	147.362 De Ofício e Voluntário
Matéria	IRPF - Ex.: 2000
Acórdão nº	102-47.951
Sessão de	18 de outubro de 2006
Recorrentes	ONAJAR ANDRADE LOPES
	3ª TURMA/DRJ-SALVADOR/BA

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF.

Ano-calendário: 1999.

Ementa: PAGAMENTOS SEM CAUSA EFETUADOS POR PESSOAS JURÍDICAS - Os pagamentos efetivamente realizados, cuja causa deixa de ser comprovada pelas pessoas jurídicas, regularmente intimada, sujeitam-se à incidência do Imposto de Renda na Fonte, em regime de tributação exclusiva e definitiva, à luz do artigo 61, da Lei 8.981, de 1994.

AUTO DE INFRAÇÃO - NULIDADE - Eventuais erros na apuração da base de cálculo tributável, que possam ser ajustados no julgamento, desde que devidamente comprovados pelo recorrente, não importam na nulidade do auto de infração e sim na exoneração da parcela do crédito tributário indevidamente exigida em razão desses.

NORMAS PROCESSUAIS – VIGÊNCIA DA LEI – A lei que dispõe sobre o Direito Processual Tributário tem aplicação imediata aos fatos futuros e pendentes.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - ARTIGO 42 DA LEI 9.430/1996 - Caracterizam omissão de rendimentos valores creditados em conta bancária mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte ou seu representante, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Todavia, devem ser excluídos da tributação os valores comprovados na impugnação ou recurso voluntário.

Recurso de Ofício negado.

Preliminares rejeitadas.

Recurso Voluntário parcialmente provido.

A

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício. Por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade do lançamento e, por maioria de votos, a de irretroatividade da Lei 10.174, de 2001. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva. Por maioria de votos, REJEITAR as preliminares de decadência em relação aos fatos geradores até out/99, inclusive, e a de erro quanto ao critério temporal em relação ao fato gerador até novembro/99, suscitadas pelo Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira. No mérito, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da tributação a importância de R\$ 120.000,00, referente ao ano-calendário de 1999, nos termos do voto do Relator.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
Presidente


ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA
Relator

FORMALIZADO EM:

16 nov 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NAURY FRAGOSO TANAKA, JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, SILVANA MANCINI KARAM e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.

Relatório

Tratam-se de recursos de ofício e voluntário, interpostos contra a decisão da 3ª. Turma da DRJ Salvador - BA, que julgou parcialmente procedente o auto de infração do Imposto de Renda Pessoa Física, relativo ao ano-calendário de 1999, no valor total de R\$8.389.509,21 (fl.224), inclusos consectários legais até novembro de 2004 (multa de ofício de 75% e juros à taxa Selic).

Consoante relatório do acórdão recorrido, que durante a ação fiscal verificou-se que o contribuinte, em sua declaração do exercício 2000 (fls. 08), informava haver recebido da Cooperfeira, Cooperativa Pecuária de Feira de Santana Ltda., em 1999, a título de juros sobre empréstimos tributados exclusivamente na fonte, o montante de R\$ 4.291.754,52. Informava também, na declaração de bens e direitos (fls. 12), a aquisição de cotas da cooperativa, correspondentes a R\$ 5.000.000,00, e a baixa de empréstimos que haveriam sido concedidos à associação em 1994, em um total de R\$ 1.820.896,62.

De acordo com a ata do conselho de administração da Cooperfeira, de 29/09/1999 (fls. 55), as cotas foram dadas em pagamento de dívidas da cooperativa com o seu associado, decorrentes de empréstimos concedidos por este em 1994. Desta forma, a associação ampliaria o seu capital e poderia participar do programa de revitalização das cooperativas (RECOOP), a que se refere a Medida Provisória nº 1.781-9/1999.

Em sua impugnação, o interessado apresentou recibo de entrega de DIRF da cooperativa (fls. 294), onde é informada a retenção de R\$ 1.072.938,63 a título de imposto de renda exclusivamente na fonte, incidente sobre os juros pagos ao associado.

De acordo com o termo de verificação fiscal (fls. 217/218), a Cooperfeira foi diversas vezes intimada a comprovar a existência dos empréstimos que justificassem estas operações. Como não foram atendidas estas intimações, o valor correspondente à ampliação do capital (R\$ 5.000.000,00) foi considerado rendimento pago pela empresa ao contribuinte, como distribuição de lucro acima do valor escriturado pela sistemática do lucro real, tendo em vista que a cooperativa não apresentara lucro no período. Como base legal, foi aplicado o artigo 51 da Instrução Normativa SRF nº 11/1996.

Foi apurada também omissão de rendimentos do trabalho com vínculo empregatício, com base nas DIRF apresentadas pelo Frigorífico Feira de Santana (fls. 12) no total de R\$ 19.296,00, e pela Cooperfeira (fls. 13), no valor de R\$ 19.786,80.

Através de extratos bancários fornecidos pelas instituições financeiras, verificou-se a existência de depósitos em favor do contribuinte que somaram, em 1999, R\$ 6.987.946,09. Como o beneficiário não comprovou a origem destes depósitos, os mesmos foram considerados rendimentos tributáveis, com base no artigo 42 da Lei 9.430/1996.

O impugnante contestou o lançamento, apresentando, em síntese, os seguintes argumentos.

- a) Como associado da cooperativa, não poderia haver recebido rendimentos do trabalho com vínculo empregatício, pois a sua relação com a entidade é meramente associativa. Quanto ao fato, nega haver



recebido os valores que constam da DIRF apresentada pela Cooperfeira (fls. 12). Ainda que houvesse recebido os rendimentos, o auto de infração desconsiderou o imposto retido na fonte informado nas DIRF. Não contesta os rendimentos pagos pelo Frigorífico Faria de Santana (R\$ 19.296,00).

- b) Quanto à aquisição de cotas de capital da cooperativa, no valor de R\$ 5.000.000,00, a autoridade lançadora presumiu indevidamente que a cooperativa lhe houvesse pago lucro em valor superior ao escriturado, quando a origem dos recursos utilizados nesta operação, os empréstimos concedidos no passado à cooperativa, já haviam sido informados em suas declarações dos exercícios de 1994 e 1995, tacitamente homologadas pela Administração. Passados dez anos, estes dados não poderiam ser desconstituídos sem ferir o princípio da segurança jurídica, além de já haver decaído o direito da Fazenda com relação aos mesmos. Os documentos que atestam esta operação, a ata do conselho de administração da cooperativa, de 29/09/1999 (fls. 55) e o livro diário foram desconsiderados sem justificativas e sem qualquer comprovação ou indícios de fraude, vício, erro ou defeito. Apresenta recibo de entrega de DIRF onde consta a informação do imposto retido na fonte sobre os juros pagos (fls. 294). A simples presunção é inadmissível em direito tributário para estabelecer o fato gerador da obrigação. No caso em pauta, os próprios fatos militam contra esta presunção: a escrituração comprova prejuízos elevados; a cooperativa como é do conhecimento público, passa por dificuldades; não poderia haver distribuído a um único associado um valor desta magnitude sem causar comoção entre os demais, o que seria objeto inclusive de demandas judiciais.
- c) A Lei Complementar 105/2001, que autoriza o fornecimento das informações da CPMF à Secretaria da Receita Federal, e a Lei 10.174/2001, que revogou dispositivo que vedava a utilização dos dados da CPMF para constituição de crédito tributário, não podem ser aplicadas retroativamente. Cita jurisprudência administrativa e judicial.
- d) O sigilo bancário somente poderia ser quebrado por ordem judicial. As provas obtidas ilegalmente são inadmissíveis no processo administrativo.

A seguir, os autos foram enviados à DRJ que proferiu em 06/09/2005, o acórdão de fls. 376-384, assim ementado:

"AUMENTO DE CAPITAL. SÓCIO BENEFICIÁRIO. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. PRESUNÇÃO. A não comprovação, por parte da pessoa jurídica, da causa que justificou o aumento de capital em favor de sócio não autoriza a presunção de que haja ocorrido distribuição de lucro em montante superior ao lucro escriturado, tributável na pessoa física.

INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. As normas que autorizam a comunicação à Receita Federal de informações bancárias e a sua utilização para fins de lançamento do crédito, referindo-se à produção de provas e aos poderes de investigação, aplicam-se



aos procedimentos atuais, ainda que relativos a fatos anteriores à promulgação destas normas.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. Caracterizam omissão de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o responsável, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações."

Quanto ao crédito exonerado, a DRJ recorreu de ofício ao Primeiro Conselho de Contribuintes, de acordo com o art. 34 do Decreto nº 70.235, de 1972, e alterações introduzidas pela Lei nº 8.748, de 1993, e pelo art. 2º da Portaria MF nº 375, de 07 de dezembro de 2001.

Cientificado da decisão em 31/05/2005, o contribuinte apresentou em 27/06/2006 (fl. 405) o recurso voluntário de fls. 412-422, alegando que (verbis):

"(...) Sintetizando, portanto, o bojo da autuação. Expostas assim, as considerações fiscais e com preliminar dá-se ênfase a primeira vertente deste recurso, dentre vários, no sentido de trazer a baila que essa fiscalização foi ao longo de vários meses ao livre arbítrio da servidora federal, como de rotina, contudo a autuado teve apenas o prazo de 30 (trinta) dias corridos para os procedimentos ora expostos. Enfatiza-se tais premissas, pois mesmo com o tempo exíguo foram detectados vários erros nos demonstrativos fiscais de apuração, ensejando assim anexar-se a este recurso as planilhas e Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física que dão lastro a esta afirmação, no ano calendário. Comentados, portanto, os aspectos que gestaram o contexto da autuação, como segunda vertente alinha-se as razões de direito que corporificarão vênha concessa: "sem dívida, há nulidade do Auto de Infração em toda sua inteireza".

A Origem dos Recursos

No levantamento fiscal se insere que no ano calendário de 1999, não houve qualquer omissão de receita, donde descabida a pretensão da cobrança do imposto de renda, conforme serão explicados nas planilhas nºs 01 e 02. O apelante tem, dentre outros, como seu ramo de atividade, a criação de gado, bem como a intermediação, compra e venda.

Em face da sua credibilidade, e a dificuldade porque passava a Cooperfeira - Cooperativa dos Produtores Rurais de Feira de Santana - Bahia, os pecuaristas só aceitavam vender o gado, com a garantia do recursante. Nestas operações quase invariavelmente, para superar as dificuldades no fluxo de caixa da Cooperfeira, diante do seu pequeno capital de giro, efetuava empréstimo a Cooperativa para efetuar os pagamentos aos fornecedores de gado e no momento do recebimento das vendas dos clientes a cooperativa emitia um cheque ao seu favor, por isso as dezenas e dezenas de lançamentos na conta bancária. Com o ora recursante ficava apenas o valor dos juros, que estão declarados conforme declaração de imposto de renda de pessoa física do exercício 2000, ano calendário 1999, rendimentos estes sujeitos a tributação exclusiva. Os juros sobre o empréstimo da Cooperfeira em 1994 e 1995 foram no valor de R\$ 4.291.754,52 e os rendimentos de aplicações financeiras foram de R\$ 85.852,39. No auto de infração, todavia, se desconheceu este fato, para, igualmente, dar como ganhos todos os depósitos bancários e que os rendimentos não foram declarados.

Só isto, nada mais que isso aconteceu, logo é um absurdo se querer travestir em receita o ingresso na conta bancária, tudo foi explicado a autuante, que proferiu, porém, ficar alheia a realidade da prática comercial, e considerar como omissão este descompasso.



Cotizando o levantamento fiscal, com a DIPF - Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física do exercício 2000, ano calendário 1999, e após as conferências, se confirmam com as planilhas a seguir, que não operou qualquer omissão de rendimentos.

Considerando ainda, que a tributação com base em depósitos bancários não presume o consumo de renda, é inaceitável que num primeiro momento a fazenda acuse o contribuinte de omissão se receitas e, logo em seguida, recuse esses mesmos rendimentos como prova de recursos para cobrir posteriores omissões.

Por todas essas razões, não vejo impedimento algum considerar que a omissão de rendimento detectado e tributado em um mês seja suficiente para justificar a omissão presumida de rendimentos caracterizada pelos depósitos bancários nos meses seguintes.

Desta forma, considerando que as omissões identificadas em meses posteriores, no caso do auto, deve a imputação ser mitigada.(...)

Efetuando a imputação, reduz-se a base tributável para R\$ 3.690.780,063. (..)

Vejam senhores julgadores, estando as pessoas físicas desobrigadas de escrituração, os recursos de origem comprovada, bem como outros rendimentos já tributados, inclusive aqueles objeto da mesma acusação, servem para justificar os valores depositados posteriormente em contas bancárias, independentemente de coincidência de datas e valores. (...)

Percebe-se de forma clara, que a somatória dos recursos, dinheiro em caixa, aplicações financeiras, caderneta de poupança e empréstimos recebidos da Cooperfeira, constantes da DIPF - Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física do exercício 2000, ano calendário 1999, ora anexada, totalizam a quantia de R\$ 2.588.130,11, e abstraindo a base tributável de R\$ 3.690.780,63, atendendo os princípios da razoabilidade, reduziria a uma provável base de cálculo a ser mantida para R\$ 1.369.851,07.

Requer ainda, posteriormente, a juntada do auto de infração do exercício de 1999, ano calendário de 1998, processo administrativo fiscal nº 10530.001786/2003-07, para provar que estes mesmos recursos já foram tributados em 1998, e são novamente tributados em 1999, logo, não há de se falar em omissão de rendimentos, e sim apenas movimentações financeiras de ingressos e saídas de recursos, cujos rendimentos já estão declarados.

Por tudo isso, e tomando como prova as planilhas já comentadas e os recursos já tributados no ano calendário de 1998, conforme vamos anexar posteriormente, ou durante a sustentação orai, vê-se, pois, Senhor Relator, Senhores nobres Conselheiros, que o Fisco está penalizando duplamente o contribuinte, entendendo o Recorrente que o presente lançamento não poderá ser mantido pela razões já expostas..

O Direito

No elenco dos direitos e garantias individuais, inserto, e não de forma exaustiva, no art. 5º da Carta de 1988, está no inciso X, o chamado direito à intimidade, precisamente concebido para assegurar a todos os residentes em território nacional um espaço indevassável, ao largo de interferências de terceiros e do próprio estado. Releva, neste ponto, a proteção ao sigilo bancário, como, igualmente, ao sigilo fiscal. (...)

A

O direito ao sigilo bancário, portanto, é tratado como uma manifestação do próprio direito à intimidade. É permitido às pessoas obstem a interferência estatal na sua vida privada. A flexibilização dele sempre se dá em caráter excepcional, e só, redigase, por via do Judiciário, a quem a Constituição reconhece a indispensável 'imparcialidade para, através de um juízo de ponderação, decidir, previamente, se é o caso de invadir esfera reservada privativamente ao indivíduo.' (cf. Hamilton Dias de Souza, in Sigilo Bancário e o Direito à Liberdade, Revista do JASP 4, jul/dez de 1999, RT, p. 147 e seguintes).

De outra forma, a quebra do sigilo bancário (ou fiscal, ou telefônico) agride a ordem legal. (..)

No caso, a atuação do Fisco, como expressamente se consignou no auto, se deu 'com base em extratos bancários fornecidos pelo Banco do Brasil, Banco Sudameris, Banco Mercantil de São Paulo e Baneb' (sic). Houve, e não resta controvérsia quanto a esta ocorrência, a quebra do sigilo bancário do aqui defendente, sem sua autorização ou ciência, nem do judiciário. Este fato, da maior gravidade - a clamar por medidas judiciais -, jamais foi autorizado por lei. Muito ao reverso, encontra clara repulsa no ordenamento jurídico, sendo uma agressão aos direitos constitucionais do contribuinte.

O auto de infração em causa, pois, é inválido, o que se pede e espera seja reconhecido e proclamado nesta instância recursal, para todos os efeitos de lei.

Não se queira alegar ter a quebra do sigilo bancário, na hipótese, decorrido da aplicação da Lei Complementar nº 105/01. Com efeito, o art. 6º deste diploma apenas torna como indícios de eventual omissão de receita as informações colhidas. Para o lançamento tributário, com todos os seus elementos, é indispensável o acesso aos extratos bancários.

De outra parte, o art. 1º da Lei 10.174, de 2001, que deu nova redação ao art. 11, da Lei nº 9.311, de 1996, não pode ter efeito retroativo. Em outras palavras, só pode se reportar, no caso do imposto de renda lançados por período certo, de sua vigência para frente, ou seja, a partir de 10 de janeiro de 2001, acatados os ditames da irretroatividade e da anterioridade da lei tributária. (...)

Ainda, e também por este outro motivo, é de se reconhecer e proclamar a invalidade do auto de infração. É o que se requer.

As Provas

Junta planilhas e a cópia da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física do exercício de 2000 ano calendário de 1999, anexa, para cotizar com os demonstrativos elaborados pela fiscalização, para corroborar os erros, vê-se, pois, que o lançamento foi feito pela PRESUNÇÃO DA PRESUNÇÃO, o que evidentemente, não constitui prova suficiente, a atuação de depósitos bancários, já antes comentado.

O Pedido (...)

a) Revisar os cálculos do demonstrativo fiscal em confronto com as planilhas já comentadas;

b) Requerer e indicar para fazer a sustentação oral do processo, o Técnico em contabilidade, Registro nº CRC-BA. 3937, Senhor Olegário Santos de Souza, Av. Sampaio nº 586, CEP-44.010.060, Feira de Santana-Ba;

c) Considere a premissa da nulidade do auto, face a infringência do art. 1º da Lei 10.174, de 2001, que deu nova redação ao art. 11, da Lei nº 9.311, de 1996, não ter



efeito retroativo, em outras palavras, só poderia se reportar, no caso de imposto de renda lançados por período certo, de sua vigência para a frente, ou seja a partir de 10 de janeiro de 2001. (...)”

Os autos foram encaminhados para julgamento neste conselho em 22/07/2005 (fl. 440), cumpridas as formalidades acerca do arrolamento de bens de que trata a Instrução Normativa SRF 264 de 2002, conforme documentos de fls. 388-401; 404-411 e 423-439.

É o relatório.



Voto

Conselheiro ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA, Relator

Os presentes recursos, voluntário e *ex-officio*, reúnem os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal, por isso foi conhecido por esta Câmara.

Conforme relatado, o auto de infração refere-se a exigência do IRPF sobre 1) valores recebidos de pessoa jurídica, distribuição excedente ao lucro escriturado; 2) omissão de rendimentos, por presunção legal, em face da falta de comprovação da origem dos recursos depositados em contas-correntes bancárias no ano de 1999; e 3) omissão de rendimentos do trabalho com vínculo empregatício nas empresas "Cooperfeira" e "Frifeira".

1 - Do recurso ex-officio

A DRJ exonerou integralmente a parcela da exigência relativa a primeira infração, que importava em R\$ 1.375.000,00 a título de IRPF, além de multa de ofício e juros de mora. Vejamos os fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido nessa parte (*verbis*):

A autoridade lançadora admite como fato o aumento de capital da cooperativa em favor do contribuinte. Considerando que a pessoa jurídica não comprovou a causa desta suposta dação em pagamento, e verificando que não houve registro de lucro no período, o autuante conclui que a operação se constitui em distribuição de lucro em favor do contribuinte em valor superior ao escriturado. Trata-se evidentemente de uma presunção. Resta verificar se a lei a autoriza (presunção 'iuris tantum'), ou se os fatos a impõem como conclusão inevitável (presunção comum).

O artigo 51 da Instrução Normativa SRF nº 11/1996, em que se apóia o lançamento, contém regra geral de tributação dos lucros pagos pelas pessoas jurídicas, quando superiores ao apurado na escrituração. Citando:

Art. 51. (...)

§ 3º A parcela dos rendimentos pagos ou creditados a sócio ou acionista ou ao titular da pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real, presumido ou arbitrado, a título de lucros ou dividendos distribuídos, ainda que por conta de período-base não encerrado, que exceder ao valor apurado com base na escrituração, será imputado aos lucros acumulados ou reservas de lucros de exercícios anteriores, ficando sujeita a incidência do imposto de renda calculado segundo o disposto na legislação específica, com acréscimos legais.

§ 4º Inexistindo lucros acumulados ou reservas de lucros em montante suficiente, a parcela excedente será submetida à tributação nos termos do art. 3º, § 4º, da Lei nº 7.713, de 1988, com base na tabela progressiva a que se refere o art. 3º da Lei nº 9.250, de 1995. (...)



§ 7º A distribuição de rendimentos a título de lucros ou dividendos, que não tenham sido apurados em balanço, sujeita-se à incidência do imposto de renda na forma prevista no § 4º.

O motivo destas disposições encontra-se no fato de que, a partir da Lei 9.249/1995, os lucros distribuídos deixaram de ser tributados na fonte ou na declaração dos beneficiários. Com isso, surgia a questão quanto à tributação destes pagamentos quando superiores ao apurado na escrituração. A Instrução Normativa vem esclarecer que neste caso os pagamentos se constituem em rendimentos tributáveis, como "benefício do contribuinte, por qualquer forma e a qualquer título" (Lei nº 7.713, § 4º). Como se vê, não se trata de regra que autorize a presunção de distribuição lucros quando a pessoa jurídica não comprovar a origem ou causa de pagamentos em favor de seus sócios ou acionistas.

Tanto mais que para este caso existe legislação específica. O artigo 674 do Decreto 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda, RIR/1999) determina que se tributa exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiários não identificados ou os recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa. Esta regra inverte o ônus da prova e autoriza a presunção de ocorrência do fato gerador caso esta prova não seja feita (presunção 'iuris tantum').

Não é o caso, porém, do artigo 51 da Instrução Normativa SRF nº 11/1996. Para a sua aplicação, seria indispensável que a autoridade lançadora comprovasse, não qualquer pagamento, mas o pagamento "a título de lucros ou dividendos distribuídos" (art. 51, §3º), o que não é o caso. A expressão "a título de" indica que o pagamento deve ter sido declarado pela pessoa jurídica como tal, ou seja, expressamente por este motivo. Quem atribui esta qualidade é o próprio sujeito passivo. Não se pode ser presumi-la.

O artigo 464 do RIR/1999, que elenca os casos em que se deve presumir a distribuição disfarçada de lucro, se coubesse aplicá-lo, exclui, em seu parágrafo 3º, expressamente esta hipótese:

'Art. 464. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso II):(...)

II - adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada; (...)

§ 2º A hipótese prevista no inciso II não se aplica quando a pessoa física transferir a pessoa jurídica, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante na respectiva declaração de bens (Lei nº 9.249, de 1995, art. 23, § 1º).'

Resta verificar se os fatos em si mesmos permitem, como indícios, a conclusão de que houve a distribuição de lucros na operação em causa. Se existe dívida quanto à origem do pagamento que resultou na ampliação do capital em favor do contribuinte, se os empréstimos que lhe serviram de justificativa não foram comprovados, não se pode por isso concluir, como única possibilidade, que este pagamento resulte da distribuição de lucro. Se a escrituração e os registros da cooperativa devem ser impugnados, por que admitir que a operação realmente ocorreu?

Os motivos para um aumento fictício do capital podem se encontrar na própria ata do conselho de administração da Cooperfeira (fls. 55): a cooperativa necessitava comprovar "uma capitalização prévia mínima de R\$ 5.000.000,00" para poder



participar do Programa de Revitalização de Cooperativas de Produção Agropecuária (RECOOP) do Governo Federal. Esta capitalização, pelas normas do RECOOP "poderia ser [efetuada] mediante assunção de passivos". E se este passivo foi criado exatamente com esta finalidade? Esta tese é muito mais plausível do que se supor a distribuição de lucro em montante tão significativo a um único associado. Parece corroborar esta hipótese o fato de o contribuinte haver apresentado todas as suas declarações do ano base de 1994 até 1998 (fls. 307/353), nas quais registra os empréstimos, em uma única data 29/12/2000, após a suposta integralização de capital. Também a DIRF em que a cooperativa informa a retenção na fonte sobre os juros destes empréstimos (fls. 294/295) foi apresentada nesta mesma data. Observe-se ainda que inexistente o registro de pagamento do imposto declarado na DIRF, como se constata pelo extrato de fls. 375.

Se fosse o caso de se presumir com base na lei, a omissão dos rendimentos poderia ser demonstrada tomando-se como base a própria definição do fato gerador do tributo, quando a renda é evidenciada pela variação patrimonial a descoberto. A pessoa física informa em sua declaração haver recebido cotas da cooperativa no valor de R\$ 5.000.000,00. Não comprovando a origem destes recursos através dos empréstimos, constatar-se-ia, 'ex vi legis', a renda omitida correspondente a esta variação patrimonial. E aqui surge uma outra hipótese para os fatos verificados. A operação poderia indicar, sim, um aumento de capital da cooperativa, não pela quitação de débitos, como se quer fazer crer, mas antes pelo investimento realizado pelo contribuinte, porém com recursos não declarados ao Fisco, em uma verdadeira operação de lavagem de dinheiro. Fortalece esta possibilidade o volume movimentado nas suas contas bancárias.

Conclui-se que o lançamento, neste item, foi efetuado com base em presunção injustificada e não prevista em lei. " (grifei).

Cabe razão aos ilustres julgadores de primeira instância. Inexiste nos autos prova de que o pagamento efetuado pela Cooperfeira ao contribuinte em 30/09/2006, no valor de R\$ 5.000.000,00 se deu a título de distribuição de lucros. Sequer foi contabilizado a este título, haja vista que aludida cooperativa não apurou lucro contábil no período, conforme asseverado pela própria fiscalização no item 8 do termo de fl. 218. Uma vez que o Fisco não acatou a justificativa do contribuinte e da empresa quanto a origem desse pagamento (devolução de empréstimos com juros), o correto seria constituir o crédito tributário para exigência do imposto de renda na fonte, amparado pela presunção legal do artigo 61 da Lei 8.981 de 1994 que, em tese, aplicar-se-ia à hipótese ora versada. Aludia norma assim dispõe:

"Art 61. Fica sujeito a incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991.

§ 2º Considera-se vencido o imposto de renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto."(negritei)

A

Pelo exposto, há que se negar provimento ao recurso de ofício.

2 - Do recurso voluntário

De início cumpre registrar que as alegações do recurso voluntário cingem-se tão somente à parcela da exigência sobre os depósitos bancários cuja origem deixou de ser comprovada pelo contribuinte. Considero, portanto, não impugnada a tributação sobre os rendimentos omitidos, recebidos das empresas "Cooperfeira" e "Frifeira" (item 1 do auto de infração (fl. 225).

2.1 Da alega nulidade do auto de infração em face de erros nos demonstrativos fiscais de apuração da base de cálculo.

O contribuinte aduz no início da peça recursal que *"(...) foram detectados vários erros nos demonstrativos fiscais de apuração, ensejando assim anexar-se a este recurso as planilhas e Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física que dão lastro a esta afirmação, no ano calendário. Comentados, portanto, os aspectos que gestaram o contexto da autuação, como segunda vertente alinha-se as razões de direito que corporificarão vênua concessa: 'sem dúvida, há nulidade do Auto de Infração em toda sua inteireza'(...)."*

Refuto de plano a hipótese de nulidade do auto de infração, *in totum*, em virtude desses alegados "erros" que serão adiante apreciados. Isso porque eventuais erros na apuração da base de cálculo tributável, que possam ser ajustados no julgamento, desde que devidamente comprovados pelo recorrente, não importam na nulidade do auto de infração e sim na exoneração da parcela do crédito tributário indevidamente exigida em razão desses.

A alteração no lançamento de ofício pelas decisões administrativas, no curso do processo administrativo-tributário, tem amparo no artigo 145 do Código Tributário Nacional. Verbis:

"Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149."

2.2 - Sigilo bancário. Aplicação retroativa da lei nº 10.174 de 2001. Utilização dos dados da CPMF

Ainda apreciando as preliminares, registro que não há que se falar em ilegalidade na aplicação retroativa da Lei nº 10.174/2001. Isso porque, instituiu norma que tratam de "novos critérios de apuração ou processo de fiscalização", possuindo, assim, aplicação imediata. No caso concreto, a ação fiscal iniciou-se em maio de 2003, sob a égide da nova norma legal, de modo que o fiscal poderia ter investigado todos os anos calendários não atingidos pela decadência do direito de lançar.



Neste sentido, é o Acórdão 104-20483, da Quarta Câmara deste Primeiro Conselho, em julgado de Sessão de 24/02/2005, tendo como Relator o Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, cuja Ementa tem o seguinte teor:

"APLICAÇÃO DA NORMA NO TEMPO - RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174, de 2001 - Ao suprimir a vedação existente no art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, a Lei nº 10.174, de 2001 nada mais fez do que ampliar os poderes de investigação do Fisco, sendo aplicável essa legislação, por força do que dispõe o § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional."

Esta também é a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

"Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos."

A exegese do artigo 144, 1º, do Código Tributário Nacional (...) conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais." (STJ, Acórdão em Medida Cautelar nº 6.257/RS, publicado em 25/02/2004, Relator Ministro Luiz Fux)

Afasto, pois, as preliminares.

2.3 - Mérito. Questão de direito. Omissão de receitas por depósitos bancários de origem não comprovada. Aplicação do artigo 42 da Lei 9.430 de 1996.

Quanto à possibilidade de se exigir o imposto de renda, com base exclusivamente em depósitos bancários, deve-se esclarecer que os argumentos da recorrente estão compatíveis com os lançamentos de depósitos bancários sem origem comprovada antes de 01/01/1997; haja vista que o artigo 6º da Lei nº 8.021, de 1990, exigia da fiscalização a comparação entre depósitos bancários e sinais exteriores de riqueza.

A tributação com base em depósitos bancários, a partir de 01/01/1997, é regida pelo art. 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, publicada no DOU de 30/12/1996, que instituiu a presunção de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprovasse mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações. Confira-se:

"Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações."

1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira."

2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos."

3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados

A

individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)."

Verifica-se, então, que o diploma legal acima citado passa a caracterizar omissão de rendimentos, sujeitos a lançamento de ofício, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, quando não comprovada a origem dos recursos utilizados nessas operações. Não se inquire o titular da conta bancária sobre o destino dos saques, cheques emitidos e outros débitos, ou se foram utilizados para consumo, aquisição de patrimônio, viagens etc. A presunção de omissão de rendimentos decorre da existência de depósito bancário sem origem comprovada.

Portanto, a partir da publicação desta Lei, os depósitos bancários deixaram de ser modalidade de arbitramento simples - que exigia da fiscalização a demonstração de gastos incompatíveis com a renda declarada (aquisição de patrimônio e sinais exteriores de riqueza), entendimento também consagrado à época pelo poder judiciário (súmula TFR 182) e pelo Primeiro Conselho de Contribuintes - para se constituir na própria omissão de rendimento (art. 43 do CTN), decorrente de presunção legal, que inverte o ônus da prova em favor da Fazenda Pública Federal.

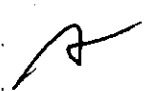
Os julgamentos do Conselho de Contribuintes passaram a refletir a determinação da nova lei, admitindo, nas condições nela estabelecidas, o lançamento com base exclusivamente em depósitos bancários, como se constata nas ementas dos acórdãos a seguir reproduzidas:

"OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - SITUAÇÃO POSTERIOR À LEI Nº 9.430/96 - Com o advento da Lei nº 9.430/96, caracteriza-se também omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular não comprove a origem dos recursos utilizados, observadas as exclusões previstas no § 3º, do art. 42, do citado diploma legal." (Ac 106-13329).

"TRIBUTAÇÃO DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a Lei 9.430/96, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações."

"ÔNUS DA PROVA - Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos informados para acobertar seus dispêndios gerais e aquisições de bens e direitos." (Ac 106-13188)."

No tocante à alegada ilegalidade dessa norma, em face de sua incompatibilidade com o artigo 43 do CTN ou artigo 5º da CF/88, registro que *"não cabe em sede administrativa discutir-se sobre a constitucionalidade ou legalidade de uma lei em vigor. Desde que o diploma legal tenha sido formalmente sancionado, promulgado e publicado, encontrando-se em vigor, cabe seu fiel cumprimento, em homenagem ao princípio da legalidade objetiva que*



informa o lançamento e o processo administrativo fiscal". O lançamento tributário, conforme estabelece o art. 142 do CTN, é atividade vinculada e obrigatória, na qual a discricionariedade da autoridade administrativa é afastada em prol do princípio da legalidade e da subordinação hierárquica a que estão submetidos os órgãos e agentes da Administração Pública.

Portanto, quanto ao direito, nenhum reparo há que ser feito à exigência.

2.4 - Mérito - Questão de fato. Depósitos Bancários. A origem dos recursos.

Na peça impugnatória, o contribuinte, representado por advogada, contesta a exigência em 28 páginas (fls. 255 a 282) recorrendo quase exclusivamente sobre questões de direito. Apenas nos últimos parágrafos alega que não foram subtraídos os rendimentos declarados na DIRPF/99 (auferidos no ano-calendário de 1998) que teriam sido depositados nas contas correntes. Todavia não fez prova dessa alegação, qual seja, que tais recursos, no montante de R\$ 38.026,80 (fl. 311) foram efetivamente depositados nas contas bancárias objeto do lançamento. Registre-se que os valores isentos e tributáveis exclusivamente na fonte declarados pelo contribuinte referem-se a rendimentos de aplicações financeiras, que são creditados diretamente pelos bancos, ou seja, não são objeto de depósito em conta corrente.

Afora isso, a impugnante nada esclarece quanto a origem dos R\$ 6.987.946,09 depositados nas contas bancárias do contribuinte, cujos valores, demonstrados às fls. 195-212, e totalizados à fl. 219, são líquidos, ou seja, descontados transferências entre contas, resgates de aplicações financeiras e cheques devolvidos, conforme asseverado no termo fiscal de fl. 218, item 6.

Já na peça recursal, fls. 413 a 415 o contribuinte busca esclarecer a origem desses valores depositados afirmando tratar-se de pagamentos de empréstimos que fazia à Cooperfeira para que a empresa pudesse efetuar os pagamentos aos fornecedores de gado. Aduz ainda que no momento do recebimento das vendas a cooperativa emitia um cheque a seu favor, sendo que o recorrente ficava apenas com os juros.

Todavia, o recorrente não trouxe aos autos uma prova sequer de suas alegações, quer seja, que as saídas de recursos de suas contas correntes foram destinados a pagamentos de obrigações da Cooperfeira. Muito menos comprovou que os depósitos seriam de cheques emitidos a seu favor pela cooperativa, ou mesmo recebimentos destas creditados diretamente em suas contas bancárias. Enquanto pessoa jurídica obrigada a escrituração contábil, a cooperativa deveria ao menos manter registros dessas operações em seu Livro Diário, devidamente registrado e acompanhado de elementos de prova.

Frise-se que o ônus da prova, neste caso, é do contribuinte. A busca da verdade material não prescinde da análise de documentos que dêem suporte aos ingressos de numerários em conta bancária e que auxiliem o julgador a firmar a sua convicção. Todavia, além da prova fiscal de que os depósitos foram realizados (extratos bancários), nenhum outro documento foi trazido aos autos.

O contribuinte alega, ainda, que a omissão de rendimentos detectada e tributada em um mês deve ser tomada para justificar a omissão nos meses seguintes. A seguir, na Planilha nº1, fl. 414, reconstitui a apuração da base de cálculo tributável partindo dessa premissa e apura R\$ 3.690.780,63.

Entendo que tal premissa não pode ser acolhida sem a prova de que os recursos retornaram à conta corrente, mediante novos depósitos. Ou seja, caberia ao contribuinte trazer elementos para comprovar que esses depositados seriam seu capital de giro e não novos recursos. Uma das formas de fazer essa comprovação seria apresentar as cópias dos cheques emitidos comprovando que foram mesmo destinados a pagamentos de compras de gado da Cooperfeira e, a seguir, identificar nos depósitos o retorno desses recursos.

Aliás, se a premissa do contribuinte fosse comprovada, ou seja, considerando que o giro dos recursos tenha sido mensal, então apenas os valores depositados em Janeiro de 2002, R\$ 1.123.761,17 seriam suficientes para justificar todos os outros meses, afinal trata-se do maior montante depositado. Nessa hipótese, o "saldo a apropriar" em fevereiro/02 seria a soma da base cálculo daquele mês com a "sobra" de janeiro e assim por diante.

Enfim, para aplicar esse tese do contribuinte, faz-se necessária a prova do retorno dos recursos mediante depósitos nas mesmas contas correntes bancárias, o que não foi feito.

No que tange ao aproveitamento de recursos declarados pelo contribuinte durante o ano calendário de 1998, para justificativa dos depósitos, consoante planilha nº2, entendo que de igual forma, caberia ao contribuinte que efetivamente depositou em conta corrente os alegados recebimentos de empréstimos da Cooperfeira. Aliás, não é crível que a Cooperfeira efetuasse em moeda corrente os dois pagamentos, que totalizaram R\$ 1.820.897,00. E mais, o contribuinte ter ficado com o valor de R\$ 1.154.237,18 em seu poder durante os meses de setembro a dezembro de 1999 para que esses recursos justificassem todos os depósitos efetuados naquele período.

Ainda com relação a planilha nº.2 verifica-se que caberia ao contribuinte fazer prova do saque em espécie dos rendimentos e as aplicações em caderneta de poupança, no valor de R\$ 674.233,49, no mês de janeiro de 2002, para que possa ser acolhida a justificativa desse depósito.

Já o dinheiro em caixa no dia 31/12/1998 R\$ 120.000,00 (conforme declarado na DIRPF/99, fl. 315), deve ser excluído da base de cálculo, haja vista que não foi infirmado pela fiscalização é, principalmente, pelo fato de o contribuinte ter efetuado um depósito em dinheiro no valor de R\$ 950.000,00 em 04/01/1999 no Baneb, conforme extrato de fl. 66.

Por fim, quanto as alegadas sobras de recursos do ano-calendário de 1998, que teriam sido apuradas pela fiscalização, registro, mais uma vez, que não podem ser aceitas para justificar os depósitos bancários, salvo se o contribuinte fazer prova de dispunha desses recursos em espécie e a data foram aplicados nas conta-bancária. É pacífico nesta Câmara que cabe ao contribuinte fazer prova dos recursos que transitaram de um ano para o outro, mormente os valores em espécie que sequer foram incluídos na declaração de bens do IRPF do exercício.

Por todo exposto, é diante da parca documentação carreada aos autos pelo contribuinte para fazer prova de suas alegações, aliado ao fato de o contribuinte ter sido fiscalizado no ano-calendário de 1998, concluo que apenas o valor de R\$ 120.000,00 deva ser excluída da base de cálculo, por se tratar de recursos declarados em espécie na DIRPF/99, disponíveis em 31/12/1998, e haver um depósito em dinheiro no dia 04/01/1999.



Em se tratando de depósitos bancários não basta ao contribuinte alegar a origem dos recursos é preciso fazer prova de que tais valores foram mesmo depositados nas contas-correntes objeto da auditoria fiscal, nos exatos termos do artigo 42 da Lei 9.430 de 1996.

Conclusão

Oriento meu voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso ex-officio e, quanto ao recurso voluntário, REJEITAR as preliminares de decadência para, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso e excluir da base de cálculo do ajuste anual a importância de R\$ 120.000,00.

Sala das Sessões- DF, em 18 de outubro de 2006.


ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA